

**Órgano: Juzgado de Primera Instancia Nº 1**

**Sede: Valencia**

**Nº de Sentencia: 109/2013**

**Procedimiento: CIVIL**

**Tipo de Resolución: Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 1 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-2-2013-0003577

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000131/2013-

SENTENCIA nº 109/2013

JUEZ QUE LA DICTA: JUAN CARLOS MOMPO CASTAÑEDA.

Lugar: VALENCIA.

Fecha: treinta de mayo de dos mil trece.

Demandante:

Abogado: ORTEGA GARCIA, JUAN JOSE.

Procurador: BLASCO MATEU, FCO. JAVIER.

Demandado: BANKIA SA.

Abogado:

Procurador:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que por la referida parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario contra la expresada demandada en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo de aplicación terminaba suplicando se dictara sentencia por la que 1.- Se declare la nulidad/ anulabilidad de la compra de valores y órdenes de compra de suscripción de participaciones preferentes y el contrato de canje por error en el consentimiento. Se obligue a la demandada a que devuelva a la parte actora la cantidad de 18.000 €, sin perjuicio de la restitución de las acciones a la entidad demandada en consecuencia de la devolución de las contraprestaciones, más intereses generados desde la fecha de realización del contrato nulo deduciendo los intereses o rendimientos cobrados por mi representado, con expresa imposición de los intereses legales resultantes de dicha deducción desde la fecha de la interposición de la demanda, incrementada en dos puntos desde la fecha en que se dicte sentencia, con expresa imposición de costas. 2.- Y subsidiariamente la acción por incumplimiento contractual basada en el asesoramiento negligente por parte de la entidad bancaria e indemnización de daños y perjuicios. Y en su virtud, SE CONDENE A LA ENTIDAD BANKIA, S.A. y/o entidades que se subroguen en sus derechos y obligaciones a\_ 1º A estar y pasar por las anteriores declaraciones. 2º A pagar a mi representado la suma de 18.000 € más intereses generados desde la fecha de realización del contrato nulo deduciendo los intereses

cobrados por mi representado, con expresa imposición de los intereses legales resultantes de dicha deducción desde la fecha de la interposición de la demanda, incrementada en dos puntos desde la fecha en que se dicte sentencia. 3º Al pago de las costas judiciales por imperativo legal y su evidente temeridad y mala fe en caso de oponerse a nuestras justas pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la parte demandada que contesto oponiéndose a la demanda en fecha 8 de febrero del 2013 por lo que a continuación se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebró el 30 de abril del 2013 en el que la actora se ratificó en la demanda y se recibió el pleito a prueba y a continuación se convocó a juicio que se ha celebrado el día 30 de mayo del 2013 donde se practicó la prueba admitida, quedando finalmente conclusos los autos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora demanda de juicio ordinario sobre nulidad/anulabilidad de la orden de compra de suscripción de participaciones preferentes de 6 de octubre del 2009 y sucesivas órdenes de compra de 24 de marzo del 2010 y del contrato perfeccionado para canje de las participaciones preferentes en base a los siguientes hechos: 1. - Los demandantes, actualmente jubilado y ama de casa, son titulares de 30 títulos de las participaciones preferentes PPF. BEF, del año 2009 por 18.000 €; 2º.- Durante toda su vida y en sus últimos años de vinculación con la entidad financiera ahora demandada, siempre han invertido su dinero en depósitos garantizados al 100 % debido a su perfil de clientes ahorradores y conservadores no teniendo experiencia financiera; 3.-El director de la oficina ofreció suscribir participaciones preferentes por importe de 18.000 € sin recibir ningún tipo de información de la inversión y los riesgos que conllevaba, así como sin la entrega de documentación detallada de la misma; 4.- No firmaron ningún contrato, simplemente le comentaron que finalizaba un depósito a plazo fijo y se procedía a reinvertir dicha cantidad en otro producto de renta fija, por lo que el demandante prestó su consentimiento al pacto de forma viciada, esto es, se produjo un error en el consentimiento motivado por una información engañosa e insuficiente en todo caso; 5.- Los demandantes en fecha 9 de marzo de 2012 accedieron a efectuar el canje propuesto por la actual BANKIA al ser informado de que de otra forma perderían todo lo invertido, lo que hicieron bajo presión y con información engañosa; 6.- Destaca en la contratación de dicho canje, el cumplimiento de la normativa en cuanto a la información proporcionada por la entidad, ya que si se proporciona el test de idoneidad, y un folleto informativo, a diferencia de lo que ocurrió con la comercialización de las anteriores; 7.- El error en que incurrió la parte actora es del todo excusable, fundando asimismo la acción de nulidad en el dolo con el que ha actuado la entidad demandada al ocultar su situación real de riesgo de insolvencia; 8.- Incumplimiento de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de Real Decreto 217/08 y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre.

La representación de la demandada contesto alegando: 1.- que la actora no ha actuado de buena fe vulnerando la prohibición de ir contra los propios actos, la doctrina del retraso desleal o la del

abuso de la nulidad por motivos formales; 2º. Hay que tener en cuenta que la edad con la que cuentan los demandantes, no es impedimento ni óbice para la contratación que hicieron en 2009 siendo incierto el correlativo de que los demandados no firmaron nada o no se les hizo el test MIFID; 3. - Rechazamos, como de adverso se indica, que las participaciones preferentes estuvieran calificadas como producto COMPLEJO; 4. - En el momento en que se suscribieron no se podía prever la crisis financiera mundial y española existente en la actualidad.

SEGUNDO.- Resumidas las alegaciones de las partes comenzar por exponer cual RÉGIMEN JURIDICO DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES y su FUNCIÓN FINANCIERA.

La participación preferente tiene su fuente normativa en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, y modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente. La participación preferente es un valor negociable de imprecisa naturaleza. Inicialmente parece responder a un valor de deuda, por lo que, de partida, encajaría en la naturaleza propia de las obligaciones ex arts. 401 y ss. LSC, ya que éstas se caracterizan porque «reconocen o crean una deuda» contra su emisor; además, su regulación legal las califica como «instrumentos de deuda». Sin embargo, atendido su régimen legal y su tratamiento contable, resulta que la participación preferente se halla mucho más próxima a las acciones y demás valores participativos que a las obligaciones y demás valores de deuda.

La función financiera legalmente impuesta a la participación preferente muestra que no es un valor de deuda o de captación de recursos financieros ajenos sujetos a restitución a unas condiciones de vencimiento; del mismo modo, su contenido legal revela que los derechos típicos que los valores de deuda atribuyen a sus titulares son en ella inexistentes y que la participación preferente es, realmente, una clase especial de acción legalmente regulada. La función financiera legal de la participación preferente es la misma que la del capital social y demás elementos componentes del patrimonio neto: computar como recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello comporta un tratamiento jurídico y contable que la alejan del propio de los valores de deuda. El dinero invertido en participaciones preferentes está sujeto ministerio legis y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión. Por ello, la función financiera legal de la participación preferente es incompatible con la propia de las obligaciones y demás valores de deuda porque éstos incorporan una deuda jurídicamente real del emisor y tienen el tratamiento contable de recursos ajenos sujetos a restitución o pasivo. En cambio, el nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor -a pesar, se insiste, de ser legalmente calificada como instrumento de deuda, calificación en cierto modo incorrecta y engañosa-. Y no lo es porque no atribuye a su titular derecho de crédito alguno que le faculte para exigir su pago a la entidad emisora. La disposición adicional segunda de la Ley

13/1985 obliga a que el dinero captado mediante participaciones preferentes ha de estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de

la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable.

La participación preferente responde a la naturaleza de clase especial de acción cuya fuente de regulación es la Ley, como sucede con las acciones sin voto y las acciones rescatables. Pero es una acción desvirtuada y cautiva porque esenciales derechos propios del accionista

-todos los societarios y parte considerable de los patrimoniales- resultan en ella excluidos legalmente. Ello lo confirma la referida Directiva

209/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que de forma correcta no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino que, en un ejercicio de indefinición, la califica como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. Ello excluye, por tanto, su tratamiento como pasivo de la misma, que es lo que sugiere su calificación legal como instrumento de deuda. La naturaleza accionarial de la participación preferente deriva de las siguientes razones según la referida disposición adicional segunda de la Ley 13/1985:

a.-La participación preferente es destinataria de un especial régimen o sistema de rentabilidad cuya activación se condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora (o de los del grupo consolidable en el que ésta se integre); tras la Ley 6/2011 puede depender de la decisión del órgano de administración de ésta; b.-La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad de crédito mediante su emisión deberá estar invertido en su totalidad (...) y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable; c.-En consecuencia, la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad: bien porque el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o bien, tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito. Nótese, por ello, que la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los miedosos mercados de valores es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido, en otros términos, el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad. Su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad; d.- El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Ello revela que la participación preferente es un valor de

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. El riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas. Pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

Las anteriores circunstancias y notas características hacen, en una primera aproximación general, dudar seriamente de que las participaciones preferentes sean un instrumento apto como producto de inversión para clientes minoristas.

**TERCERO.- A continuación hacer referencia al RÉGIMEN ACTUAL DE LA INFORMACIÓN REGLADA COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL INVERSOR.**

Los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 contienen la distinción entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión: lo es quien no es experto o cualificado. El minorista es merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. La simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, pues no produce el efecto de capacitar a todo inversor para evaluar la naturaleza y riesgos ni para valorar la situación financiera actual y previsible del emisor ( y ello es lo que se predica precisamente en el preámbulo de la Ley 6/2011, de 11 de abril ). Se da, así, lo que se ha venido llamando una situación objetiva de información asimétrica entre el emisor o comercializador y los inversores minoristas. La superación por insuficiencia del sistema de información reglada como sistema de protección del inversor minorista -y, por tanto, se establece la necesidad de crear obligaciones de diligencia profesional-tomó definitivo impulso por la trasposición de la Directiva 2004/39/CE ( conocida como MIFID ) a nuestro derecho mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que reformó la LMV al efecto, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero. Esta normativa impone que al colocar participaciones preferentes entre clientes minoristas, las entidades de crédito tienen el deber general de « comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo » ( art. 79 LMV ). Entre tales obligaciones figura la esencial obligación de información (art. 79 bis LMV). La entidad debe « mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes ». Tal información debe ser « imparcial, clara y no engañosa » y debe versar « sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...) » en función de que la misma « les permita comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa ». El régimen de las obligaciones de la entidad en este orden es desarrollado por el RDL 217/2008, especialmente en sus arts. 60y 64

Descendiendo todavía más sobre las obligaciones concretas de información, el art. 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7, expresa que la empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información;

c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente; d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera; e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

CUARTO.- EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.- Citar la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2012, ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio de consentimiento denunciado. Particularmente su fundamento de derecho cuarto señala:

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad

- autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos, y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos de incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio, 315/2009 , de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

De lo que se trata es determinar si dicho incumplimiento generó el vicio, ya que, y como señala la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta un equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

En cuanto a la CARGA DE LA PRUEBA recordar que corresponde a la entidad bancaria pues como recoge la SAP, Valencia sección 6 del 12 de Julio del 2012 ( ROJ: SAP V 3458/2012), en una reclamación similar en que se pide la nulidad de participaciones preferentes.

En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. Por tanto, el eje básico de los contratos, cualesquiera que sean sus partes, es el consentimiento de las mismas sobre su esencia, que no debe ser prestado, para surtir eficacia, de forma errónea, con violencia, intimidación o dolo, y esta voluntad de consentimiento para ser válida y eficaz exige por su propia naturaleza que los contratantes tengan plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello sobre lo que prestan su aceptación y de las consecuencias que ello supone. Esta igualdad esencial que respecto de las partes debe presidir la formación del contrato, ha de desplegar su eficacia en las diferentes fases del mismo. En la fase precontractual debe procurarse al contratante por la propia entidad una información lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece. En la fase contractual basta como ejemplo la existencia de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo artículo 8 se mencionan expresamente las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en el contrato suscrito entre las partes, que por la propia naturaleza del contrato van a ser fijadas por el Banco en este caso. Posteriormente, ya firmado el contrato, se exige igualmente arbitrar unos mecanismos de protección y reclamación que sean claros y eficaces en su utilización y que vayan destinados a la parte que pudiera verse perjudicada por la firma del contrato, en defensa de los posibles daños a sus intereses.

Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "Concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora. Debemos recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, "La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".

Por tanto de la doctrina expuesta se puede destacar que se trata: 1º. de un contrato de adhesión; 2º De un producto financiero complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario; 3º. Que el cliente debe recibir una información en la fase precontractual completa y precisa acerca de las características del producto y los riesgos que asumía, información que ha de ser lo suficientemente clara y precisa para que aquel entienda el producto o servicio que pudiera llegar a contratar y si se encuentra dentro de sus necesidades y de las ventajas que espera obtener al reclamar un servicio o al aceptar un producto que se le ofrece; 4º. Que la carga de



la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, corresponde a la entidad bancaria debiendo tener cuenta que en el caso de productos de inversión complejos, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

QUINTO.- APLICACIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA ANTERIOR. Procede a continuación analizar la prueba practicada que ha consistido en documental y la testifical practicada en el acto del juicio, si bien esta poco aportó. En primer lugar declaró el Director de la Sucursal quien contesto que está en la sucursal desde el 9 noviembre del 2011 que no recuerda que interviniera en el CANJE con estos clientes. Que se trata de una posibilidad que se ofrecía a los clientes. A continuación fue llamada la empleada de BANKIA , quien contesto que estuvo en la sucursal hasta el 2011 que no recuerda haber intervenido en la compra de participaciones preferentes, que respecto a los clientes no sabe si son titulados superiores, desconoce si antes habían invertido en algún producto similar, que se trataba de ahorradores, que recuerda que no se exigía documentación alguna a los clientes.

La demandada no aportó ningún documento con su contestación. En el acto del juicio y en cumplimiento de un requerimiento solicitado y admitido a instancias de la actora aportó test de conveniencia efectuado con los clientes, documentos que sorprende que no se aportaran con la contestación que hubiera sido el momento procesal oportuno. Sin embargo analizando su contenido se encuentra su explicación pues se trata de un documento impreso que sería rellenado en la oficina bancaria en el que se señala que en los últimos tres años ha efectuados inversiones en obligaciones subordinadas o preferentes, cuando ha resultado incierto. La propia testigo Sra. contestó que se trata de ahorradores. También marcaron con una "X" conocer las principales características y los riesgos financieros, y ello pese a la carencia de conocimientos financieros de los demandantes pues a continuación marca con "X" que tienen estudios básicos, y que en su actividad laboral no tienen ninguna relación con asuntos financieros o temas financieros, así como que no realiza inversiones financieras. Lo más sorprendente es la conclusión que extrae BANCAJA al informar que el test de conveniencia determina que tiene conocimientos y experiencia necesarios para la contratación del producto o servicio, lo que demuestra que para la entidad no era más que una formalidad que había que cumplir con independencia de cuales fueran las contestaciones o que efectivamente se acreditara que los clientes eran informados debidamente sobre los riesgos del producto.

Pese a la carga probatoria que incumbía a la demandada ninguna prueba ha practicado para demostrar que dio una información correcta a la demandante del producto financiero. Se limitó a proponer prueba documental y de la documental aportada en modo alguno se desprende que diera una información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, de una forma que le permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicios de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, tomar decisiones fundadas sobre sus inversiones. La demandada no ha practicado prueba alguna que acredite que dio la información precontractual exigible a los demandados incumpliendo lo dispuesto en el art. 79 bis de la L.M.V. pues se trataba de clientes sin conocimientos y experiencia financiera pues como reconoció la testigo sra. eran unos ahorradores, habiendo sido calificados pues no podía ser de otra manera como minoristas. Por tanto no teniendo tal información incumplió por tanto su deber de recordando abstenerse de recomendar productos financieros al cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información, así como la obligación de advertirle que el instrumento

financiero no era adecuado para él. Con la información de que disponía no sólo no debió ni ofrecer el producto ni contratar sino de advertirles que tal servicio de inversión o producto previsto no era adecuado para ellos. En la contestación alegó que no se trataba de un producto complejo, alegación que no es de recibo pues la propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES así lo ha calificado, y viene siendo recogido en numerosas sentencias que se están dictando sobre todo en los últimos meses tanto por Juzgados como por Audiencias Provinciales.

Más sorprendente es la alegación de que la actora no actúa de buena fe, va contra sus propios actos y ha incurrido en un retraso desleal vulnerando la doctrina del abuso de derecho. Nos encontramos con una entidad bancaria que ha recibido una ayuda de más de 20.000 millones de euros debido a su situación que fue ocultada a los clientes como es público y notorio por lo no es de recibo que alegue falta de buena fe en dos personas mayores de edad con una hija discapacitada con un perfil minorista o conservador que tenían un plazo fijo y tratan de recuperar sus ahorros el dinero que había ahorrado y depositado en Bancaja y que fueron inducidos por la entidad bancaria a suscribir unas participaciones preferentes, pues difícilmente se puede creer que si la entidad no se los hubiera ofrecido estos lo hubieran solicitado, donde además no consta que les informaran de los riesgos que conllevaba el producto, donde además se incumplió lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores no efectuando correctamente los test que se exigen ni siquiera valorando correctamente sus contestaciones de las que se desprendía que no era un producto apto para ellos. Por tanto ni actuó contra sus propios actos, ni con abuso de derecho ni resulta aplicable la doctrina del retraso desleal.

No sólo eso sino que con posterioridad tratan de eludir su responsabilidad ofreciéndoles el canje por unas acciones de Bankia que salieron al mercado financiero en base a la solvencia de una nueva entidad bancaria que se ha revelado inexistente y así a los pocos meses se descubrió su situación de quiebra que ha motivado la ayuda económica de más de 20.000 millones de € por lo que difícilmente los demandantes podía saber que el canje que se les ofreció no suponía recuperar su dinero sino más bien todo lo contrario.

En la audiencia previa se aportó reciente informe de 11 de febrero del 2013 en el que la C.N.M.V. señala que las entidades no actuaron como era su obligación en interés de los inversores ya que tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores de que estaban ordenando la compra de los mencionados instrumentos a precios significativamente alejados de su valor razonable ni suponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los mencionados instrumentos a los tenedores de los mismos" y más adelante concluye que "las entidades (Bancaja, CajaMadrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quater cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de canjes entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable. Las entidades no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicase a los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos perjudicándolos en beneficio de otros clientes que de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores.

La demandada no ha tratado de explicar en ningún momento porque se les ofreció este producto en lugar de renovar el plazo fijo que tenían dado el perfil ahorrador de los demandantes. No consta que se le entregara con carácter previo al contrato algún folleto o que por los responsables de la entidad bancaria le explicaran los riesgos del producto financiero.

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

Aplicando la doctrina jurisprudencial al presente caso no cabe duda que se ha producido en la formación del consentimiento de la demandada un error excusable y relevante y esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa, y que de haber sido informada correctamente no habría contratado. En el presente caso entiendo que la diligencia exigible a la entidad bancaria hubiera sido ni siquiera ofrecerle este producto o aconsejarle que no le convenía a sus intereses. Cabe citar la sentencia de la AP, Girona sección 1 del 30 de Mayo del 2012 ( ROJ:SAP GI 247/2012) que al respecto dice:

El demandante y recurrente no era una persona cualificada y perfectamente hábil para decidir en la concreta inversión, una cosa es que desde hacía tiempo realizara inversiones siempre asesorado por la entidad bancaria y otra y muy distinta que se tratara de una profesional avezado y conocedor de la complicada gama de productos financieros que aparecieron en el mercado bancario, bajo los auspicios de una economía estable.

Con tales datos la Sala infiere que la entidad demandada prestaba un servicio muy activo de asesoramiento que excedía de un simple contrato de administración de valores, lo cual supone una clara discordancia entre lo que la entidad demandada dice haber contratado y el servicio realmente prestado, de modo que el consumidor ahora demandante pudo razonablemente creer que la entidad bancaria le asesoraba adecuadamente sobre los productos adquiridos para obtener el mayor rendimiento posible en cada momento, teniendo en cuenta los riesgos, y le recomendaba sustituir alguno de ellos por otros pasado un tiempo. Este servicio debe ser calificado de recomendación personalizada, tal como se infiere de la empleada del banco, y cabe entender que no se agota con la adquisición inicial, sino que se extiende al mantenimiento e hipotética venta de ese producto.

Por todo ello, la Sala discrepa de la argumentación de la sentencia de instancia, y considera que, en este supuesto, nos hallamos ante un contrato del tipo aludido en el artículo 63.1 g) de la LMV, como servicio de inversión, y no como servicio auxiliar, por cuanto el servicio prestado por el banco desde su inicio va más allá de una simple comercialización de valores, sino que contiene un importante asesoramiento, en gran parte por el criterio seguido por la entidad demandada de que toda persona o entidad que quiera invertir, cantidades como la ahora analizada, suele ser objeto de una atención personalizada por el llamado "servicio de banca privada". De otro lado la larga continuidad inversora del demandante, sobrepasa la configuración de un contrato de administración y depósito de valores. "No debe olvidarse, finalmente, que el demandante es un cliente minorista conforme al artículo 78 bis de la LMV y, además, ostenta la condición de consumidor, con la especial protección que ello conlleva.

Doctrina aplicable al presente caso donde los demandantes no sólo son clientes minorista sino que por su edad, formación, perfil económico modesto y conservador no era una persona a la que fuera dirigido este producto financiero complejo. En consecuencia se declara la nulidad de pleno derecho. Para finalizar este fundamento de derecho citar la SAP, Madrid sección 10 del 27 de Junio del 2012 (ROJ: SAP M 8935/2012):

Esa falta de información vicia de forma irrefutable el contrato marco sin que pueda aducirse con consistencia suasoria la teoría que impide ir contra los actos propios por el hecho de haber guardado mutismo a las liquidaciones de intereses efectuadas desde principios de 2008, si, cual se ha expuesto, difícilmente podría atisbar que dimanasen de un producto

financiero no contratado, además de que la prohibición del venire contra factum proprium exige que esos actos propios vinculantes causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, o conocimiento equivocado, no pudiendo invocarse esta doctrina, según profusa jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando tales actos propios están viciados por error ( SSTS 30-9-1992, 12-4-93y 10-6-1994), que es lo que acontece en el casus datus, como tampoco puede alegarse que se ha podido evitar el error activado con la debida diligencia; extremo que ya ha ocupado la atención de este órgano judicial en ocasiones anteriores respecto a contratos de permutas financieras, donde declaramos (por todas la sentencia dictada el día 19-4-2012 en el Rollo de apelación 252/2012) "b) Si lo que se alega es el error obstativo es obvio que su acreditación cumplida incumbe a la parte demandante. Si se aduce que ha existido un error obstativo, al no haberse querido realmente aquello que se declara por estar confundida claramente la voluntad del declarante, es irrefutable que el onus probando del error obstativo recaía en la parte que lo afirma, aparte de que lo que, en puridad, subyace es la inexistencia de un conocimiento equivocado por falta de la debida información y, por ende, haberse conformado incorrectamente la voluntad de la parte demandante, lo que dista mucho de aquel tipo de error que aflora cuando existe una divergencia entre la voluntad interna y la manifestada. Sólo en este último supuesto, que no es el que contempla en el casus datus por mor de la revisión que se somete a nuestro reexamen, el error aparejaría la nulidad absoluta o radical que se solicita con carácter principal en el suplico de la demanda. 2) Una reiterada jurisprudencia ha proclamado que, al existir una discrepancia entre la voluntad real y la declarada faltan los elementos necesarios para que el negocio nazca, pero, como lo normal es que la declaración esté de acuerdo con la voluntad interna, ya que aquélla no es otra cosa que un medio de expresar ésta, se comprende que quien alegue la divergencia entre una y otra debe demostrar cumplidamente la divergencia de esa distonía (SSTS de 30-6-1966y 13-6- 1994, entre otras).

SEXTO.- Resta por resolver la alegación de la novación extintiva por considerar que efectuado el canje no es posible plantear la anulabilidad del contrato, alegación que se desestima pues le vicio del consentimiento se ha apreciado tanto en la suscripción de las participaciones preferentes como en la orden de recompra y canje por acciones, pues no se informó correctamente a los clientes de los riesgos que conllevaba, abusando la entidad bancaria de su posición prevalente en relación con los clientes que aceptaban esta solución creyendo que así salvarían sus ahorros, cuando la realidad ha sido que la entidad bancaria que emitía las acciones no estaba en la posición de solvencia económica que aparentaba frente a ellos sino en una verdadera situación de insolvencia que trataba así de evitar pleitos sin tener que devolver el dinero. Reiterar el contenido del informe de 11 de febrero del 2013 en el que la C.N.M.V. antes transcrito que pone de relieve como incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quater cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de canjes entre sus clientes a precios significativamente alegados de su valor razonable, resaltando que no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicase a los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos perjudicándolos en beneficio de otros clientes que de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores.

SEPTIMO.- Por último resolver la alegación de inviabilidad de la acción de nulidad al encontrarse cancelado el contrato al tiempo de interponer la demanda invocando la demandada

sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 9ª de 27 de marzo o 13 de febrero del 2012. Sin embargo la más reciente doctrina de la citada sección ha matizado las citadas sentencias en el sentido que la acción podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil y se encuentra recogida en SAP, Civil sección 9 del 05 de Marzo del 2013 ( ROJ: SAP V 771/2013) que al respecto dice:

Al efecto, tal y como resumíamos en reciente sentencia de 21 de Enero de 2013:

"La sentencia de esta Sala de 9/7/12, dictada en rollo 248/12 , ha venido a matizar la doctrina anterior de esta propia Sala, si bien, en general, en supuestos de finalización de efectos del contrato (por ejemplo, en caso de renovación, renegociación del contrato por otros posteriores) en que se afirmaba, como expresa la propia sentencia objeto de recurso, la inviabilidad de examinar el error como vicio del consentimiento por razón, estrictamente, de la finalización de efectos del contrato. Decimos ello sin perjuicio, obviamente, de la valoración que el propio hecho de la "finalización" del plazo contractualmente previsto, la ausencia de reclamación merezcan la consideración de actos propios o de ratificación contractual en relación con la pretensión de anulabilidad del contrato por error en el consentimiento, lo que, evidentemente, habrá de ser valorado con la cuestión de fondo. Se indicaba, expresamente, en dicha resolución que:

"Pese a lo indicado por ésta última, y en base a los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda, la acción de nulidad ejercitada no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento ( ex artículo 1261 CC ) - sin que conste tal afirmación en la sentencia dictada por esta Sala en fecha 6 de octubre de 2010 , tal y como pretende la parte apelante- y que efectivamente determinaría el no sometimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que el legal representante de la entidad no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos -supuesto de anulabilidad del artículo 1265 CC - respecto del que el artículo 1301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad , plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de fecha 11 de julio de 2011 (Pte. Sra. Martorell) indicando: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544 ) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad ", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que " adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley ", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , " concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 ", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales " no hay contrato ". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el

ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261 , y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad " (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999 ). .../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidentida, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928 ), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil."

Partiendo de la argumentación expuesta, el primero de los motivos de recurso no puede prosperar, toda vez que la demanda se presenta poco después de la finalización del contrato y, antes de este momento, queda constancia de una reclamación por parte de la demandante -ya analizaremos en qué términos y con qué consecuencias- por lo que el motivo de recurso anudado a tal circunstancia temporal debe decaer.

Por tanto se desestima el motivo invocado.

OCTAVO.- Resta por resolver los efectos de la nulidad declarada. La demandante solicita se declare la nulidad y se condene a la demandada a la devolución de la cantidad suscrita de 18.000 € más intereses generados desde la realización del contrato nulo deduciendo los intereses cobrados por ellos. La consecuencia de la nulidad es la de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato. Como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 y en una situación muy similar a la presente, los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, dado que sin las pérdidas de las participaciones preferentes no se hubiera celebrado el segundo, que tenía por finalidad tratar de paliarlas o conjugarlas. Debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, pues no hablamos tanto de contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, sino de contratos que actúan unos en condición de eficacia o presupuesto de los otros, de tal grado que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es consecuencia suya. Los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción "ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Es por ello obligación de la parte demandada la devolución de la suma reclamada de 18.000 € pero del mismo modo deberá el actor reintegrar a la parte demandada la totalidad de los importes abonados como intereses. Nótese, en fin, y sirva como recordatorio que es doctrina jurisprudencial reiterada ( sentencias del TS de 24 de marzo de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas), que la obligación de restitución de objeto y precio nace de la Ley, y no del contrato que se declara nulo, hasta el punto de que no es preciso que las partes hayan solicitado expresamente tal devolución, bastando con que se solicite la nulidad para que surja la consecuencia legalmente establecido, sin que suponga incurrir en incongruencia.

En consecuencia de lo anterior, en ejecución de sentencia deberá determinarse concretamente la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la base liquidatoria (art. 219.2 LEC) que se acaba de citar. En consecuencia, en ejecución de la presente sentencia se determinará la cantidad oportuna que, por vía de la compensación judicial, resulta ser acreedora la parte actora. Citando palabras de la reciente SJPI, Civil sección 3 del 08 de Abril del 2013 ( ROJ: SJPI 24/2013) en una reclamación similar contra BANKIA en que se solicitaba también la nulidad del contrato fechado el 26/06/09 en virtud del cual suscribía, u ordenaba la suscripción a su nombre, de 500 participaciones preferentes de la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A.: esa labor de indagación no consta realizada, al haberse obviado el imprescindible test de idoneidad, que en absoluto puede considerarse rellenado por el test de conveniencia que se dice efectuado, en el que sólo existen unas genéricas referencias al conocimiento de la terminología de los mercados financieros y características de los activos de renta fija, conteniendo además evidente confusión en alguna de las preguntas, como en la tercera, donde se mezclan conceptos como las inversiones de bajo riesgo del entorno euro con el de la naturaleza de la deuda perpetua; todo un despropósito como modelo de evaluación del conocimiento de la clienta. Pero por si hubiera alguna duda, es la propia comercial la que admite su total desconocimiento sobre la clienta, no sabía que era viuda, ni que había sido profesionalmente costurera, ni por tanto su nivel cultural, ni que tenía contratada una de las llamadas hipotecas inversas (ver documento nº 3 de la demanda), etc, es decir todo lo relativo a sus conocimientos y experiencia, su situación financiera y sus objetivos de inversión, ello sin contar con su edad, 80 años en la fecha de la contratación, dato éste que convierte la

afirmación de la comercial de que a "la clienta no le importaba la liquidez" en un verdadero sarcasmo.

Y más adelante concluye:

necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por la demandante lo fue viciado de error, esencial desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero, (naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero y conflicto de intereses) y excusable, en tanto el mismo habría estado provocado por el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de información, cuando era en ella en la que la clienta confiaba el resultado de sus inversiones, y siendo por ello que, conforme a lo establecido en el artículo 1265 del Código Civil, procede declarar nulo el correspondiente contrato, (orden de suscripción de participaciones preferentes), y con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del mismo texto legal, que no es otra que la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, que en el presente caso debe dar lugar a la estimación de la demanda (pedimento 1), que debe completarse con el consignación de que la "deducción de las cantidades percibidas" por la demandante, como intereses abonados por la demandada, lo debe ser asimismo con más los intereses devengados por las correspondientes sumas desde su percepción.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC se imponen las costas a la parte demandada. En el presente caso no considero aplicable la excepción relativas a las dudas de hecho ni de derecho que justificarían la no imposición de costas pues en el presente caso era fácil para la demandada haber comprobado que no dio a la demandante la información que debía y en el presente caso la demandada pese a lo afirmado en la contestación no aportaba ningún documento acreditativo de haber dado dicha información, cuestión que le hubiera aclarado el personal de la Sucursal. En este sentido se pronunció la SAP, Castellón sección 3 del 16 de Abril del 2012 (ROJ: SAP CS 446/2012): Pide también la recurrente con carácter subsidiario que, pese a la estimación de la demanda, no se le impongan las costas de la instancia, atendiendo a la concurrencia de dudas jurídicas de entidad suficiente para ello. Sabido es que el artículo 394 LEC, como antes el art. 523 LEC 1881, sienta el principio del vencimiento. Con arreglo al mismo, las costas deben imponerse a la parte cuyas peticiones sean desestimadas totalmente, como aquí ha ocurrido. La única excepción a ello se da cuando el tribunal aprecie, debiendo en su caso explicarlo en la resolución, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Y no apreciamos en el supuesto de autos la concurrencia de tales "serias dudas", en el bien entendido que deberá tratarse, no de las naturales, comprensibles y justificables divergencias que han dado lugar al debate jurídico, sino de dudas "graves, importantes y de consideración", tal como se recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y en una de las acepciones de la palabra "serio". Las serias dudas han de ser del tribunal, que es quien ha de valorar el grado de dificultad, no las que hayan podido tener los litigantes. No se dan tales serias dudas en el caso de autos, que no tienen cabida en el sentido a que se refiere el precepto citado y a los fines pretendidos por la recurrente. Como venimos razonando, la palmaria falta de información facilitada a la mercantil demandante vició su consentimiento negocial, lo que se ha verificado de forma contundente en la instancia y en esta alzada, por lo que con acierto le han sido impuestas las costas del primer grado jurisdiccional.

Vistos los artículos citados, concordantes y los demás de general aplicación,

FALLO

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>



Que ESTIMANDO la demanda formulada a instancia de que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU contra la entidad BANKIA, S.A que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la compra de valores y órdenes de compra de suscripción de participaciones preferentes y el contrato de canje, ordenándose la restitución recíproca de las cantidades entregadas como consecuencia de los contratos y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la devolución de la suma reclamada de 18.000 € en concepto del principal, pero deduciendo de dicho importes las cantidades percibidas por la actora como intereses abonados por la demandada cuya cuantificación si no se efectúa cumplimiento voluntario de la sentencia se efectuara en ejecución conforme a lo dispuesto en art. 219 de la LEC; y respecto a la cantidad que resulte se devengarán intereses legales desde la interposición de la demanda; y con imposición de costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación en el plazo de VEINTE días, desde la notificación de esta resolución, ante este tribunal, mediante escrito en el que deberá exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo acuerda y firma SSª. EL MAGISTRADO-JUEZ .